



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2015

Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei

Matteotti, René ; Many, Selina

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-119600>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Matteotti, René; Many, Selina (2015). Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei. Jusletter, (23.02.2015):1-15.

René Matteotti / Selina Many

Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei

Das Parlament hat vor kurzem das Bundesgesetz zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen verabschiedet, wonach neu auch schwere Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei qualifizieren können. Die Autoren zeigen vor diesem Hintergrund potentielle Strafrisiken auf, die für Banken und deren Mitarbeiter, welche Kunden mit Offshore-Strukturen betreuen, auch mit Blick auf die bestehenden Altlasten, treffen könnten.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Einziehung, Geldwäscherei, mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht, (Straf-)Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes (GwG), Kriminelle Organisation

Zitiervorschlag: René Matteotti / Selina Many, Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei, in: Jusletter 23. Februar 2015

Inhaltsübersicht

- 1 Ausgangslage
- 2 Schwere Steuervergehen als Vortaten zur Geldwäscherei nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière
- 3 Erweiterung bzw. Präzisierung der Sorgfaltspflichten gemäss nGwG
- 4 Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter aufgrund der Implementierung der GAFI-Empfehlungen
- 5 Keine Risiken mit Altlasten wegen des Rückwirkungsverbots?
 - 5.1 Geltungsbereich des Rückwirkungsverbots
 - 5.2 Altlasten bei Schweizer Steuerpflichtigen
 - 5.3 Altlasten bei ausländischen Steuerpflichtigen
- 6 Fazit

1 Ausgangslage

[Rz 1] Zwischen 2009 und 2012 überprüfte die Groupe d'action financière (GAFI), bei welcher die Schweiz seit deren Gründung im Jahre 1989 aktiv mitwirkt, ihre Empfehlungen, die den international anerkannten Standard zur wirksamen Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung bilden. Diese Arbeiten führten zur Verabschiedung einer Teilrevision des Standards, welche vom Bundesrat im Februar 2012 gutgeheissen wurde.¹ Von den neuen Empfehlungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei sind im vorliegenden Zusammenhang die Ausweitung der Liste der Vortaten zur Geldwäscherei auf «schwere Steuerdelikte» (serious tax crimes) sowie die Präzisierung der Sorgfaltspflichten zur Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten von Bedeutung. Da die Erfüllung dieser internationalen Standards gemäss Bundesrat im Interesse der Schweiz liegt — sie ermöglichen es, den Ruf und die Attraktivität des Schweizer Finanzplatzes zu wahren — hat das Parlament am 12. Dezember 2014 nach einem beispiellosen Hickhack das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière verabschiedet.

[Rz 2] In Bezug auf die hier interessierenden strafrechtlichen Risiken von Banken und ihren Mitarbeitern sind die Revision des Straftatbestands der Geldwäscherei sowie die damit zusammenhängende Konkretisierung der Pflichten der Finanzintermediäre bei der Feststellung der an juristischen Personen oder Trustvermögen wirtschaftlich Berechtigten relevant. Da der Geldwäschereitatsbestand und die Sorgfaltspflichten des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwG) eng miteinander verzahnt sind, ist es sinnvoll, diese beiden Aspekte gemeinsam zu würdigen.

[Rz 3] Die Umsetzung der GAFI-Empfehlungen bildet Teil der Weissgeldstrategie 2012 des Bundesrats, in welcher der Lösung der steuerlichen Altlastenprobleme im Verhältnis zum Ausland eine zentrale Bedeutung zukommt. Umso mehr interessiert in diesem Beitrag auch die Frage, welche steuerstrafrechtlichen Risiken für Banken und Mitarbeiter mit steuerunehrlichen in- und ausländischen Kunden infolge des neu geschaffenen Steuergeldwäschereitatsbestands bestehen und wie sie auf der Grundlage des geltenden Rechts abgebaut werden können bzw. sollten. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Verwaltung von Vermögenswerten gerichtet, welche indirekt über Offshore-Strukturen gehalten werden.

¹ Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 605, S. 611 (zit. Botschaft Umsetzung GAFI).

2 Schwere Steuervergehen als Vortaten zur Geldwäscherei nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière

[Rz 4] Die Referendumsfrist zum neu verabschiedeten Gesetz läuft am 2. April 2015 ab. Danach sollen Art. 305^{bis} Ziff. 1 und 1^{bis} nStGB wie folgt lauten:

1. Wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. 1^{bis}. Als qualifiziertes Steuervergehen gelten die Straftaten nach Artikel 186 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer und nach Artikel 59 Absatz 1 erstes Lemma des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, wenn die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als 300'000 Franken betragen.²

[Rz 5] Damit Geldwäscherei vorliegt, müssen gemäss heutiger Lehre und Rechtsprechung Vermögenswerte betroffen sein, die eingezogen werden können; der Vereitelung der Ermittlung der Herkunft oder der Auffindung kommt danach keine eigenständige Bedeutung zu, vielmehr bilden sie ein *pars pro toto*.³ Basierend auf dieser Grundlage wurden in der Lehre Stimmen laut, welche davon ausgehen, dass die neu verabschiedete Regelung toter Buchstabe sei, da die Einziehung i.S.v. Art. 70 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) einer durch einen qualifizierten Steuerbetrug bewirkten Steuerersparnis (herrührender Vermögenswert) per se nicht möglich sei.⁴ In einer derartigen Konstellation käme höchstens eine Ersatzforderung gemäss Art. 71 StGB in Betracht. Deren Vereitelung stelle allerdings keine Geldwäschereivortat dar. Zusätzlich wird geltend gemacht, dass die Einziehung ohnehin nur subsidiär und insbesondere auf Fälle anwendbar sei, in welchen der Geschädigte auf die zivilrechtliche Durchsetzung eines Anspruchs verzichte. Da vorliegend der Staat sowohl Geschädigter als auch potentiell Einziehungsberechtigter sei, verbliebe gar kein Raum für eine allfällige Einziehung, denn der Staat resp. der Fiskus habe die hinterzogenen Steuerbeträge von Amtes wegen im *Nachsteuerverfahren* einzufordern. Da eine Einziehung damit per se nicht in Betracht komme, sei deren Vereitelung auch gar nie möglich.⁵

[Rz 6] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht indes in die gegenteilige Richtung. Im Zusammenhang mit der Einziehungsbeschlagnahme bei Fiskaldelikten hat das Bundesgericht jeweils vorfrageweise festgehalten, dass eine allfällige Einziehung von unrechtmässig bewirkten

² Zu beachten ist ausserdem auch die Anpassung von Art. 14 Abs. 4 nVStrR, dessen Anwendungsbereich auf weitere indirekte Steuern, Abgaben und Gebühren sowie auf zusätzliche Tathandlungen ausgedehnt wurde. Die revidierte Bestimmung lautet wie folgt: «Wer gewerbsmässig oder im Zusammenwirken mit Dritten Widerhandlungen nach Absatz 1 oder 2 in Abgaben- oder Zollangelegenheiten begeht und sich oder einem andern dadurch in besonders erheblichem Umfang einen unrechtmässigen Vorteil verschafft oder das Gemeinwesen am Vermögen oder an andern Rechten besonders erheblich schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.»

³ Vgl. BGE 137 IV 79 E. 3.2 = Pra 100 (2011) Nr. 120; BGE 129 IV 238, E. 3.3.

⁴ Siehe hierzu sogleich unten.

⁵ ROBERT WALDBURGER/STEFAN FUCHS, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei, Konzeptionelle Problemfelder der Qualifikation von Steuerdelikten als Vortaten zur Geldwäscherei im Allgemeinen und des bundesrätlichen Entwurfs gemäss Botschaft vom 13. Dezember 2014 im Besonderen sowie entsprechende Lösungsansätze im schweizerischen Recht, FSTR 2014, S. 111 ff., S. 124 ff.; FLORIAN BAUMANN, Geldwäscherei in Fiskalsachen — Versuch am untauglichen Objekt? in: JÜRGEN BEAT ACKERMANN/MARIANNE JOHANNA HILF, Geldwäscherei — Asset Recovery. 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, EIZ Band 133, Zürich 2012, S. 105 ff., S. 116 ff.

Steuerersparnissen grundsätzlich möglich sei.⁶ Die Steuerbehörden dürfen daher im Rahmen von besonderen Fiskaluntersuchungen wegen des Verdachts auf schwere Steuerwiderhandlungen für die vorläufige Sicherstellung von Nachsteuern und Bussen Vermögenswerte des Steuerpflichtigen gestützt auf Art. 46 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) beschlagnahmen. Aufgrund dieser Judikatur ging auch der Bundesrat in seiner Botschaft von der Einziehbarkeit von Steuerforderungen aus. Entsprechend sah sich das Parlament trotz der Kritik in der Lehre nicht veranlasst, bei der Ausweitung der Vortaten auf qualifizierte Steuervergehen vom bisherigen Grundkonzept der Geldwäscherei abzuweichen.⁷ Diesen in den Materialien klar manifestierten parlamentarischen Willen gilt es bei der Auslegung und Anwendung der neuen Steuergeldwäschereibestimmung zu respektieren. Die neue Norm darf daher nicht in einer Art und Weise ausgelegt werden, dass sie zu einem toten Buchstaben verkommt — andernfalls würde man dem Gesetzgeber unterstellen, er hätte bloss symbolisch legiferiert. Dies trifft aber klarerweise nicht zu: Das Parlament wollte die GAFI-Empfehlungen aus dem Jahre 2012 tatsächlich umsetzen, was sich insbesondere auch daran zeigt, dass es hierfür sogar erstmals von seiner bisherigen Konzeption des Geldwäschereitbestands (Verbrechen als Vortat) abgewichen ist.⁸

[Rz 7] Zur Vereitelung einer potentiellen Einziehung, der Ermittlung der Herkunft oder der Auffindung von Vermögenswerten ist vorab erforderlich, dass tatsächlich Steuern hinterzogen wurden.⁹ In diesem Zusammenhang wird in der Literatur häufig die Frage aufgeworfen, inwiefern eine derartige Steuerersparnis überhaupt taugliches Objekt einer Geldwäscherei sein kann. Nach herrschender Auffassung ist eine Steuerersparnis grundsätzlich nicht lokalisierbar resp. individualisierbar.¹⁰ Wird dieser Betrachtungsweise gefolgt, resultiert im Falle eines vollendeten qualifizierten Steuerbetrugs eine Totalkontamination des gesamten Vermögens des einzelnen Steuerpflichtigen, wobei sich dieser damit bei jeder Transaktion der Eigengeldwäscherei schuldig machen könnte.¹¹ In der Botschaft stellte der Bundesrat aber klar, dass die Einführung von Steuerdelikten als Vortaten nicht das ganze Vermögen des Steuerpflichtigen kontaminieren soll.¹² Inwieweit ein Steuervergehen zur Kontamination des gesamten Vermögens des Steuerpflichtigen führt, dürfte in Bezug auf die hier im Fokus stehenden Finanzintermediäre resp. deren Mitarbeiter indes nur in ganz speziellen Sachverhaltskonstellationen relevant sein. Der Finanzintermediär wird nämlich — trotz Einhalten der inskünftig erweiterten Sorgfaltspflichten gemäss dem

⁶ BGE 137 IV 145 E. 6.3 f.; siehe auch BGE 120 IV 365 E. 4. In den Urteilen des Bundesgerichts 1S.5/2005, 1S.6/2005, 1S.7/2005, 1S.8/2005 vom 26. September 2005 führt das Bundesgericht diesbezüglich allerdings aus, ob bei widerrechtlichen fiskalischen Steuerersparnissen überhaupt eine Einziehung oder aber eine staatliche Ersatzforderung i.S.v. Art. 71 StGB in Betracht fällt, sei gegebenenfalls vom zuständigen Sachrichter abschliessend zu beurteilen.

⁷ Siehe hierzu die Voten der Ständeräte Engler, Schmid und Levrat in der Frühjahressession 2014 im Rahmen der ständerätlichen Beratung der Steuergeldwäscherei, AB 2014 S 169 f.

⁸ Freilich erscheint die Auslegung des in Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB verwendeten Begriffs der Einziehung im Sinne von Art. 70 StGB in Bezug auf die Steuergeldwäscherei aus rechtssystematischer Sicht (ausser in Konstellationen gem. FN 5) nicht sachgerecht. Im Zusammenhang mit schweren Steuervergehen sollte vielmehr genügen, dass die Handlung des Geldwäschers geeignet ist, die Durchführung eines Nachsteuerverfahrens mit anschliessendem Bezug der Steuer zu vereiteln. Der in Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB verwendete Wortlaut liesse eine solche weitere Auslegung ohne Weiteres zu, ohne sich dogmatisch verrenken zu müssen. Gesetzgeberischer Wille und Dogmatik liessen sich damit in Einklang bringen.

⁹ So Botschaft Umsetzung GAFI, S. 668.

¹⁰ BAUMANN, S. 120 ff.; MARK LIVSCHITZ, Neue Geldwäschereivortaten — Untaten des Gesetzgebers?, in: JÜRIG-BEAT ACKERMANN/MARIANNE JOHANNA HILF, Geldwäscherei — Asset Recovery. 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, EIZ Band 133, Zürich 2012, S. 65 ff., S. 88 ff.

¹¹ WALDBURGER/FUCHS, S. 131.

¹² Botschaft Umsetzung GAFI, S. 626.

zusammen mit der neuen Geldwäschereibestimmungen verabschiedeten nGwG¹³ — in der Regel nur Kenntnis über eine allfällige fehlende Steuerkonformität der Vermögenswerte, die ihm tatsächlich zur Verwahrung angeboten werden, erlangen können.¹⁴

3 Erweiterung bzw. Präzisierung der Sorgfaltspflichten gemäss nGwG

[Rz 8] Gleichzeitig mit der Einführung der schweren Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei hat das Parlament verschiedene Änderungen bzw. Präzisierungen bei den von den Finanzintermediären zu beachtenden Sorgfaltspflichten verabschiedet. Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem die Neufassungen von Art. 4 nGwG zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten und von Art. 6 nGwG bezüglich Anwendung besonderer Sorgfaltspflichten bei riskanten Geschäftsbeziehungen relevant.

[Rz 9] Art. 4 nGwG sieht in Umsetzung der GAFI-Empfehlung 10 vor, dass die Finanzintermediäre inskünftig angemessene Massnahmen zur Feststellung der natürlichen Personen, die eine juristische Person letztlich mehrheitlich kontrollieren, treffen müssen. Neu muss der Finanzintermediär nicht nur die wirtschaftlich berechtigten natürlichen Personen einer Sitzgesellschaft, sondern auch diejenigen einer operativ tätigen juristischen Gesellschaft ermitteln. Als wirtschaftlich berechtigte Personen einer operativ tätigen juristischen Person gelten dabei die natürlichen Personen, welche die juristische Person dadurch kontrollieren, dass sie direkt oder indirekt, allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, mit mindestens 25 Prozent des Kapitals oder des Stimmenanteils an dieser beteiligt sind oder sie auf andere Weise kontrollieren. Können die entsprechenden Personen nicht festgestellt werden, so ist die Identität des obersten Mitglieds des leitenden Organs festzustellen (Art. 2a Abs. 3 nGwG).

[Rz 10] Der Finanzintermediär ist bekanntlich verpflichtet, Art und Zweck der von der Vertragspartei gewünschten Geschäftsbeziehung zu identifizieren.¹⁵ In Präzisierung zu den bisherigen Abklärungspflichten haben sich gemäss Art. 6 nGwG der Umfang der einzuholenden Informationen, die Hierarchiestufe, auf der der Entscheid, eine Geschäftsbeziehung einzugehen oder weiterzuführen, getroffen werden muss, sowie die Periodizität von Kontrollen nach dem Risiko zu richten, das die Vertragspartei darstellt.

[Rz 11] Wenn ein Finanzintermediär weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB herrühren, muss er der Meldestelle für Geldwäscherei nach Art. 23 GwG unverzüglich Meldung erstatten. Welche Auswirkungen haben die neuen Bestimmungen auf die Strafrisiken von Banken und ihren Mitarbeitern?

¹³ Siehe hierzu unten Ziff. 3.

¹⁴ Relevant wäre die Frage der Totalkontamination hingegen in der wohl eher seltenen Konstellation, in welcher die Bank im Rahmen ihrer Abklärungen erfährt, dass neben der ihr angebotenen deklarierten Vermögenswerte auch weitere, nicht steuerkonforme Vermögenswerte vorhanden sind, insbesondere in Bezug auf inskünftig auf dem Konto vorzunehmenden Transaktionen, welche die Vermögenswerte aus dem Zugriffsbereich der Steuerbehörden entfernen könnten.

¹⁵ Art. 6 Abs. 1 GwG.

4 Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter aufgrund der Implementierung der GAFI-Empfehlungen

[Rz 12] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich ein Finanzintermediär nach einem Leitentscheid des Bundesgerichts vom 3. November 2010 auch durch Unterlassen der Geldwäscherei schuldig machen kann.¹⁶ Eine Bestrafung wegen Geldwäscherei ist nach Art. 305^{bis} Abs. 3 StGB ausserdem auch möglich, wenn die Vortat im Ausland begangen wurde und diese auch am Begehungsort strafbar ist.

[Rz 13] Wie die Erfahrungen der letzten Jahre gezeigt haben, stellen sich die Herausforderungen der Finanzintermediäre vor allem im Bereich der Einkommenssteuern. Nicht zu unterschätzen sind inskünftig auch die Risiken im Zusammenhang mit der arglistigen Hinterziehung von Mehrwertsteuern, welche gemäss Art. 305^{bis} Abs. 1 nStGB i.V.m. Art. 14 Abs. 4 nVStrR Vortat zur Geldwäscherei darstellt, wenn sie gewerbsmässig oder unter Mitwirkung von Dritten erfolgt.¹⁷ Die kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuern, welche bei natürlichen Personen ebenfalls von grosser Bedeutung sind, werden vom sachlichen Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Geldwäschereibestimmung hingegen ausgeklammert.¹⁸

[Rz 14] Im Zusammenhang mit Einkommenssteuerdelikten müssen Banken und ihre Mitarbeiter ihr Hauptaugenmerk auf diejenigen Sachverhalte richten, welche den künftigen qualifizierten Steuerbetrugstatbestand nach schweizerischer Konzeption erfüllen. Es handelt sich hierbei um Fälle, in denen der Finanzintermediär weiss oder aufgrund der konkreten Umstände den begründeten Verdacht hat, dass der Kunde eine Steuerverkürzung mit Hilfe von gefälschten, verfälschten oder inhaltlich unwahren Urkunden begangen hat (vgl. Art. 186 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer [DBG]) und der mutmasslich hinterzogene Steuerbetrag den Schwellenwert von CHF 300'000 übersteigt. Im Zusammenhang mit Einkommenssteuerverkürzungen gelangen damit insbesondere diejenigen riskanten Sachverhalte in den Dunstkreis der Geldwäscherei, in denen der Finanzintermediär selber unwahre bzw. irreführende Bescheinigungen erstellt. In einem solchen Fall ist es klar, dass er um die seitens des Kunden begangene Vortat weiss. Aber auch bei Vorliegen eines blossen Verdachts auf die betrügerische Hinterziehung von Steuern im Umfang von CHF 300'000 oder mehr, kann der Geldwäschereitstatbestand erfüllt werden. Im Zusammenhang mit Offshore-Strukturen, welche von Kunden für die Vermögensverwaltung eingesetzt werden, hat der Finanzintermediär bei einer strengen Auslegung der besonderen Sorgfaltspflichten daher zu prüfen, ob Hinweise dafür bestehen, dass

- der «Offshore-Struktur» (Offshore-Gesellschaft, Stiftung, Trust, etc.) direkt Einkünfte aus einer unternehmerischen Tätigkeit zufließen, die handelsrechtlich in der Geschäftsbuchhaltung eines anderen Unternehmens hätten verbucht werden sollen,
- über die «Offshore-Struktur» Zahlungen eines Unternehmens aufgrund fiktiver Rechnungen geleitet werden oder
- ein Unternehmen einer «Offshore-Struktur» Zahlungen leistet, welche rechnungslegungsrechtlich nicht in einem korrekten Aufwandkonto verbucht worden sind, um den wahren Charakter der Leistung in der Erfolgsrechnung zu verschleiern.

¹⁶ BGE 136 IV 188.

¹⁷ Siehe hierzu CHRISTOPH SUTER/CEDRIC REMUND, Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?, ASA 82, S. 589 ff., S. 611 ff.

¹⁸ Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} nStGB — Zum sachlichen Anwendungsbereich der neuen Geldwäschereibestimmung siehe ausführlich insbes. SUTER/REMUND, S. 602 f.

[Rz 15] In diesen Fällen liegen unwahre Geschäftsbücher und Erfolgsrechnungen vor, welche zur Begehung eines Steuerbetrugs nach Art. 186 DBG und unter Umständen einer Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB geeignet sind. Nimmt der Täter die Verwendung der unechten bzw. unwahren Urkunde auch im nicht-fiskalischen Bereich in Kauf, finden Steuerbetrug und Urkundenfälschung im Sinne einer echten Konkurrenz nebeneinander Anwendung.¹⁹ Sind zusätzlich derart hohe Beträge involviert, dass der Finanzintermediär unter Berücksichtigung der involvierten ausländischen Steuerrechtsordnungen (Steuerrechtsordnung des Staates, in dem die an den über die Offshore-Struktur gehaltenen Vermögenswerte wirtschaftlich berechnete Person seinen Wohnsitz hat, und diejenige des Staates, wo das zahlende Unternehmen seinen Sitz hat oder seine unternehmerische Tätigkeit ausübt) mit der Hinterziehung eines Steuerbetrags von mehr als CHF 300'000 rechnen muss, besteht ein begründeter Verdacht, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte betrügerisch hinterzogen worden sind.

[Rz 16] Ist die relevante Schwelle bei den hinterzogenen Steuern nicht erfüllt, ist nichtsdestotrotz zu beachten, dass die qualifizierte Hinterziehung von Mehrwertsteuern gemäss Art. 14 Abs. 4 nVStrR als Verbrechen losgelöst vom hinterzogenen Betrag Vortaten der Geldwäscherei darstellt. Werden Einkünfte aus dem unternehmerischen Bereich «abgezweigt» und auf einem Konto einer Offshore-Struktur parkiert, dürfte häufig auch ein qualifiziertes Mehrwertsteuerdelikt im Sinne von Art. 14 Abs. 4 nVStrR vorliegen. Eine ähnliche Problematik stellt sich, wenn der Steuerpflichtige zusätzlich zum Steuerbetrug den Tatbestand der Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB erfüllt. In BGE 137 IV 79²⁰ hielt das Bundesgericht fest, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren, wenn sie zur Straftat in einem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang stehen. Nicht erforderlich sei, dass sie die direkte und unmittelbare Folge der Straftat seien. Entsprechend bejahte das Bundesgericht die Geldwäscherei auch in Bezug auf Vermögenswerte, die aus der Erfüllung eines Vertrages stammten, dessen Abschluss durch Korruption begünstigt wurde. Überträgt man diesen Massstab auf Steuerverkürzungen, welche unter Verwendung unwahrer Geschäftsbücher und Erfolgsrechnungen bewirkt worden sind, dürfte der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen der bewirkten Steuereinsparung und der Falschbeurkundung

¹⁹ ANDREAS DONATSCH, in: MARTIN ZWEIFEL / PETER ATHANAS, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht (I/2b) — DBG, Art. 83—222, 2. Aufl., Basel 2008, Art. 186 N 44. Zum Verhältnis von Steuerbetrug und Urkundenfälschung führt das Bundesgericht Folgendes aus: «Ist nachgewiesen, dass der Täter mit einer Falschbeurkundung nicht nur einen steuerlichen Vorteil anstrebt, sondern auch eine — objektiv mögliche — Verwendung des Dokuments im nicht-fiskalischen Bereich beabsichtigte oder zumindest in Kauf nahm, liegt echte Konkurrenz zwischen Steuerdelikt und gemeinrechtlichem Urkundendelikt vor.» (BGE 133 IV 303 E. 4.5). «Wer eine inhaltlich unrichtige Handelsbilanz einer Aktiengesellschaft erstellt, nimmt in aller Regel in Kauf, dass diese nicht nur im Verhältnis zu den Steuerbehörden, sondern auch im nichtfiskalischen Bereich Verwendung findet. Einer tatsächlichen Überlassung der Urkunden an Drittpersonen bedarf es nicht. [...] Art. 251 StGB wäre einzig nicht anwendbar, wenn neben einer inhaltlich richtigen Handelsbilanz eine inhaltlich falsche, ausschliesslich für Steuerzwecke erstellte und als solche bezeichnete Steuerbilanz errichtet würde.» (E. 4.6). «Wird der Geschäftsgewinn fiktiv geschmälert, besteht für die Aktiengesellschaft insbesondere das Risiko, dass Nach- und Strafsteuern bezahlt werden müssen, wenn die Sache entdeckt wird. Diese Zahlungen mindern die Liquidität der Gesellschaft und können so Gläubigerinteressen tangieren. Wird in einer Handelsbilanz massgebender Lohn fälschlicherweise als Kapitalertrag deklariert, kann dies zu einer Schädigung der Sozialversicherung führen.» (E. 4.8). Hinsichtlich des Steuerbetrugs ist bedeutsam, dass Art. 186 DBG Geschäftsbücher, Bilanzen und Erfolgsrechnungen explizit als Urkunden nennt. Dieser Umstand ist vor allem im Zusammenhang mit Offshore-Strukturen relevant. Die teilweise unterlassene Verbuchung von Einnahmen oder Ausgaben sowie die Verbuchung von Vorgängen, welche nicht effektiv stattgefunden haben (insbesondere bei Scheingesellschaften), z.B. in der Form fiktiver Passiven, erfüllen sowohl den Tatbestand der Steuerhinterziehung als auch denjenigen des Steuerbetrugs und der Falschbeurkundung. Zum Ganzen siehe auch RENÉ MATTEOTTI / GABRIEL BOURQUIN / SELINA MANY, Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, Chancen und Gefahren der geplanten Bestimmungen gegen die Geldwäscherei bei Steuerhinterziehungen und des automatischen Informationsaustausches in der Vermögensverwaltung, ASA 82, S. 669 ff., S. 675 ff.

²⁰ Pra 100 (2011) 120.

gemäss Art. 251 StGB häufig gegeben sein. In vielen Steuerbetrugsfällen dürfte daher auch eine Falschbeurkundung vorliegen, welche unabhängig von der Höhe des hinterzogenen Betrags als Vortat zur Geldwäscherei zu betrachten ist. Der hitzig debattierte Schwellenwert dürfte in der Praxis daher in vielen Fällen gar nicht von derart grosser Bedeutung sein.²¹ Liegt ein qualifiziertes Steuervergehen vor und ist gleichzeitig auch der Tatbestand der qualifizierte Hinterziehung von Mehrwertsteuern bzw. die Falschbeurkundung²² erfüllt, ist der darunter fallende Sachverhalt daher meldepflichtig, auch wenn keine Steuerersparnis von über CHF 300'000 bewirkt worden ist.

[Rz 17] Unklar ist derzeit, welche Prüfungsdichte das Finanzinstitut bei seinen Abklärungen anwenden muss. Vernünftigerweise sollte sich die Bank vom Kunden den Geschäftsbericht bzw. die Jahresrechnung der Offshore-Gesellschaft, der Stiftung oder des Trusts herausgeben lassen. Hat eine unabhängige Revisionsstelle die Gesetzeskonformität der Jahresrechnung bzw. ihre Konformität mit einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung bestätigt, sollte der Finanzintermediär darauf abstellen dürfen. Nur wenn die Erfolgsrechnung der «Struktur» Erträge aufweist, die sich mit gewöhnlichen Vermögensverwaltungsaktivitäten oder mit dem von der Gesellschaft, der Stiftung oder dem Trust verfolgten Zweck nicht erklären lassen, hat er weitere Informationen einzuholen. Besteht ein begründeter Verdacht, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder schweren Steuervergehen herrühren, ist die Geschäftsbeziehung aufgrund von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 nGwG der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) zu melden, andernfalls macht sich die Bank — freilich nur, wenn zusätzlich ein Organisationsverschulden vorliegt²³ — und der für die Nichtmeldung verantwortliche Mitarbeiter der Geldwäscherei schuldig. Dasselbe gilt aufgrund der vom Bundesgericht bejahten Garantenpflicht des Finanzintermediärs,²⁴ wenn die Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Feststellung des an den indirekt über eine Offshore-Struktur gehaltenen Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 4 nGwG oder die besonderen Sorgfaltspflichten gemäss Art. 6 nGwG verletzt werden.

5 Keine Risiken mit Altlasten wegen des Rückwirkungsverbots?

5.1 Geltungsbereich des Rückwirkungsverbots

[Rz 18] Nach der vom Parlament eingefügten Übergangsbestimmung ist Art. 305^{bis} nStGB nicht anwendbar auf qualifizierte Steuervergehen im Sinne von Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} nStGB, die vor dem Inkrafttreten der Änderung begangen wurden. Diese Bestimmung konkretisiert das verfassungsrechtlich und auch in Art. 1 und 2 Abs. 1 StGB verankerte Rückwirkungsverbot.²⁵ Bedeutet dieses, dass Art. 305^{bis} nStGB und die damit im Zusammenhang stehenden GwG-Sorgfaltspflichten in Bezug auf Geschäftsbeziehungen, welche vor Inkraftsetzung von Art. 305^{bis} StGB eingegangen worden sind, völlig irrelevant sind?

²¹ Dieser betrug im Vorschlag des Bundesrats noch CHF 200'000 und wurde erst im Parlament erhöht.

²² Siehe diesbezüglich in MARKUS BOOG, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111—392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013, zu Art. 251 N 248, welcher jedoch die Auffassung vertritt, dass im (ähnlich gelagerten) Fall von strafbaren Handlungen gegen das Vermögen mittels falscher Urkunden die Vermögenswerte aus den Vermögensdelikten und nicht aus den Urkundendelikten herrühren.

²³ Art. 102 Abs. 2 StGB.

²⁴ BGE 136 IV 188 E. 6.2.2.

²⁵ Siehe hierzu auch Botschaft Umsetzung GAFI, S. 670.

[Rz 19] Das Rückwirkungsverbot besagt nicht mehr und nicht weniger, als dass für qualifizierte Steuervergehen nach Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} E-StGB, die vor dem Inkrafttreten des geänderten Art. 305^{bis} StGB begangen wurden, keine Verdachtsmeldung an die MROS nach Art. 9 GwG erfolgen darf, da die damals geltende Gesetzgebung sie noch nicht als Geldwäschereivortaten einstufte.²⁶ Es vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass für Handlungen, welche vor Inkrafttreten der Geldwäschereireform vorgenommen wurden, die Risiken wegen Beihilfe zu Steuerdelikten²⁷ im In- und Ausland und wegen Geldwäscherei- bzw. Begünstigungsdelikten nach ausländischem Strafrecht bestehen bleiben. Das Rückwirkungsverbot deckt zudem zumindest theoretisch all diejenigen Fälle nicht vollständig ab, in denen zusätzlich zum vor Inkrafttreten der neuen Geldwäschereibestimmung verübten Steuerdelikt in echter Konkurrenz ein Urkundendelikt begangen worden ist.

[Rz 20] Die strafrechtlichen Risiken erhöhen sich zusätzlich, wenn der Finanzintermediär Kundenbeziehungen, in welchen riskante Offshore-Strukturen involviert sind, nach Inkrafttreten der neuen Geldwäschereistrafnorm fortsetzt. Aufgrund der besonderen Sorgfaltspflichten nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c nGwG muss der Finanzintermediär die Hintergründe und den Zweck solcher Kundenbeziehungen daher auf jeden Fall abklären. Das Rückwirkungsverbot gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} nStGB entbindet ihn nicht von dieser Pflicht. Stellt sich heraus, dass die Struktur zur betrügerischen Hinterziehung schweizerischer oder ausländischer Einkommens-, Vermögens- und Gewinnsteuern verwendet wird, welche nach Inkrafttreten des neuen Geldwäschereitatbestands entstehen und fällig werden, schlittert der Finanzintermediär in die Geldwäscherei hinein, wenn der Kunde den Steuerbehörden die unwahren Geschäftsbücher, Erfolgsrechnungen oder Bilanzen einreicht und danach verlangt wird.²⁸ Der Finanzintermediär gerät in ein Dilemma, da sowohl Abbruch als auch Fortsetzung der Kundenbeziehung mit Risiken behaftet sind. Wird die Bankbeziehung unverändert weitergeführt und muss der Finanzintermediär annehmen, dass Einkommens- oder Gewinnsteuern von mehr als CHF 300'000 pro Steuerperiode hinterzogen worden sind, hat er grundsätzlich gemäss Art. 9 nGwG eine Meldung an die MROS zu erstatten.²⁹

5.2 Altlasten bei Schweizer Steuerpflichtigen

[Rz 21] Handelt es sich um schweizerische Einkommens-, Vermögens- oder Gewinnsteuern, welche mit der gewählten Vermögensstruktur nach Inkraftsetzung des neuen Geldwäschereitatbestands betrügerisch hinterzogen werden, hat die MROS ihrerseits gestützt auf Art. 23 Abs. 4 Bst. b nGwG der zuständigen Strafverfolgungsbehörde unverzüglich Anzeige zu erstatten. Kunden, Banken und Bankmitarbeiter laufen damit Gefahr, dass die Strafverfolgungsbehörden ihre zunächst auf die gemeldeten schweren Steuervergehen konzentrierten Ermittlungen auf Steuerdelikte ausdehnen werden, die vor Inkrafttreten begangen wurden. Gestützt auf dem derzeit gelten-

²⁶ Vgl. Botschaft Umsetzung GAFI, S. 670, die diese Konsequenz bereits gezogen hat, bevor die Übergangsbestimmung vom Parlament eingefügt wurde.

²⁷ Zur Gehilfenschaft siehe MATTEOTTI/BOURQUIN/MANY, S. 679 ff.

²⁸ Zur Problematik der zeitlichen Begehung der Verschleierungsverhandlungen siehe WALDBURGER/FUCHS, S. 131 f.

²⁹ Dasselbe gilt losgelöst vom hinterzogenen Betrag, wenn der Finanzintermediär den Verdacht schöpft, dass (auch) ein qualifiziertes Mehrwertsteuerdelikt bzw. ein anderer qualifizierter Abgabebetrug gemäss Art. 14 Abs. 4 nVStrR begangen wurde (siehe hierzu die Ausführungen oben Ziff. 4).

den Art. 112 DBG können die zuständigen Strafverfolgungsbehörden ihre Erkenntnisse gar den Steuerbehörden zur Kenntnis bringen. Das GwG kennt für Informationen, welche von der Meldestelle an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden, kein Verwertungsverbot. Die Banken geraten damit in einen vom GwG nicht sauber aufgelösten Zielkonflikt, wenn sie sich mit einer Verdachtsmeldung an die MROS wegen allfälliger strafbarer Teilnahmehandlungen selber inkriminieren müssen.³⁰

[Rz 22] Hier könnte allenfalls das Verbot des Selbstbelastungszwangs (nemo tenetur-Grundsatz) Abhilfe schaffen. Dieser Grundsatz leitet sich aus Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) sowie Art. 32 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) ab und steht damit auf Verfassungsstufe. Im Übrigen ist er auch explizit in Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) festgehalten und wurde mittlerweile zudem in Art. 113 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) kodifiziert, dessen Anwendungsbereich grundsätzlich jede beschuldigte Person, also auch Unternehmen mitumfasst.³¹ In Bezug auf Unternehmen gilt das Verbot des Selbstbelastungszwangs für diejenigen Personen, welche nach Zivilrecht generell zur selbständigen Vertretung des Unternehmens befugt sind, sowie für deren Mitarbeiter.³² In Bezug auf die Vertreter stehen Personen mit Organfunktion im Vordergrund;³³ unter deren Mitarbeiter sind schliesslich Sekretärinnen bzw. Assistentinnen der Geschäftsleitung oder Direktion sowie die Protokollführer des Verwaltungsrats zu verstehen, also persönliche Mitarbeiter, welche in der Regel über die inkriminierten Vorgänge gleichermassen orientiert sind.³⁴ Mit dieser Regelung soll eine Aushöhlung des nemo tenetur-Grundsatzes verhindert werden.

[Rz 23] Einige Autoren qualifizieren die (nota bene strafbewehrte³⁵) Meldepflicht wohl bereits als Element eines Straf(vor)verfahrens und leiten daraus das Recht eines Unternehmens ab, auf inkriminierende Meldungen nach GwG verzichten zu dürfen.³⁶ Eine andere Meinung geht demgegenüber dahin, dass der nemo tenetur-Grundsatz erst bei einem gestützt auf die Meldung und anschliessende Übermittlung an die Strafbehörden allenfalls eingeleitetes (Steuer)strafverfahren greift.³⁷ Würde der zweiten Auffassung gefolgt, stünde die Bank zwar weiterhin in der Pflicht, bei Vorliegen entsprechender Verdachtsmomente eine Meldung an die MROS zu erstatten. Bei einem allfälligen Strafverfahren gegen die Bank unterläge eine solche Selbstbelastung allerdings einem

³⁰ FINMA Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft, vom 22. Oktober 2010, S. 9.

³¹ MARC ENGLER, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/MARIANNE HEER /HANS WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, zu Art. 112 N 75.

³² Art. 112 Abs. 1 i.V.m. Art. 178 lit. g StPO; siehe hierzu auch DONATSCH, in: ANDREAS DONATSCH ET AL., Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010, Art. 197 N 20 (zit. StPO Kommentar), Art. 178 N 40 ff.

³³ DONATSCH, StPO Kommentar, Art. 178 N 40.

³⁴ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005 1085, S. 1210 f.

³⁵ Art. 37 GwG.

³⁶ MICHAEL REINLE, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz — Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, Diss., Zürich/St. Gallen 2007, N 1202 f.; CHRISTOPH HOHLER/NIKLAUS SCHMID, Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100^{quater} f., AJP 2005, S. 515 ff., S. 523.

³⁷ JEREMIAS FELLMANN, Meldepflicht und Schweigerecht, Banken, Art. 9 Abs. 1 GwG und «nemo tenetur», in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2013, S. 35 ff.; generell in Bezug auf privat- oder verwaltungsrechtlich auferlegte Pflichten, VIKTOR LIEBER, StPO Kommentar, zu Art. 112 N 20 mit Verweis auf MARCEL ALEXANDER NIGGLI/GERHARD FIOLKA, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI /HANS WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, zu aArt. 102a N 85; vgl. auch OTHMAR STRASSER, Zur Rolle der Banken bei der Rechtsdurchsetzung, SJZ 107 (2011), S. 21, S. 29 f.

Beweisverwertungsverbot.³⁸ Davon mitumfasst wären auch sämtliche aufgrund der Meldung erhobenen Beweismittel, sofern deren Erhebung ohne die vorhergehende Meldung nicht möglich gewesen wäre (sog. Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten).³⁹

[Rz 24] Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nie mit der Frage des nemo tenetur-Grundsatzes bei GwG-Meldepflichten befasst, weshalb hier grosse Rechtsunsicherheiten bestehen. Zwar macht es für die Banken im Ergebnis keinen Unterschied, ab welchem Zeitpunkt der nemo tenetur-Grundsatz greift; anders sieht es aber in Bezug auf die Bankmitarbeiter aus: Schliesst man sich der Auffassung an, wonach die Meldepflicht weiterhin besteht, so ist der einzelne Bankmitarbeiter strafrechtlich exponiert. Das Verwertungsverbot gilt in Bezug auf diesen nicht, nimmt doch regelmässig nicht der einzelne Bankmitarbeiter, sondern der Finanzintermediär durch eine entsprechende interne Stelle die Meldung vor. Damit sind es aber auch nur letzterer sowie allenfalls die mit der Meldung betrauten Personen, die sich womöglich selber belasten, nicht aber die die Konten betreuenden Kundenberater. Es mag auf den ersten Blick stossend wirken, dass die Banken selbst damit kaum Konsequenzen zu befürchten haben, während die für sie handelnden Mitarbeiter strafrechtlich belangt werden können. Dies liegt allerdings in der Natur des nemo tenetur-Grundsatzes, welcher nicht etwa eine Strafbefreiung einer sich selbst belastenden Person anstrebt, sondern diese einzig davor bewahren soll, selbst aktiv auf die eigene Verurteilung hinwirken zu müssen.

[Rz 25] Faktisch müssten die Banken unter Umständen also ihre eigenen Mitarbeiter ans Messer liefern, würden sie bis zur Inkraftsetzung der GwG-Revision untätig zuwarten. Hinzu kommt, dass sich die Bank respektive ihre Mitarbeiter zusätzlich der Beihilfe zu Steuerdelikten betreffend die bis zu diesem Zeitpunkt verstreichenden Steuerperioden strafbar machen.⁴⁰ Abwarten ist daher keine ernsthafte Option. Die wohl sinnvollste Möglichkeit ist das Hinwirken auf eine Selbstanzeige des Kunden gemäss Art. 175 Abs. 3 i.V.m. 186 Abs. 3 DBG, welche gestützt auf Art. 181a und Art. 177 Abs. 3 i.V.m. Art. 186 Abs. 3 DBG auch von den Banken und ihren Mitarbeitern in Anspruch genommen werden kann, wobei hier zu bedenken ist, dass lediglich eine erstmalige Selbstanzeige strafbefreiend wirkt. Zudem ist die Selbstanzeige nur möglich, wenn die angezeigte Hinterziehung keiner Steuerbehörde bekannt ist. Selbstanzeigen von Banken, Bankmitarbeitern und Bankkunden sind daher zeitlich aufeinander abzustimmen bzw. müssen gleichzeitig erfolgen, wenn alle Beteiligten in den Genuss der mit der Selbstanzeige gewährten Privilegien gelangen wollen.⁴¹ Doch wie ist zu verfahren, wenn der Kunde ein solches Vorgehen ablehnt?

[Rz 26] Hier käme als Alternative die Möglichkeit des Abbruchs der Kundenbeziehung in Betracht, womit grundsätzlich die Saldierung des Kontos und der Transfer der entsprechenden Vermögenswerte auf einen vom Kunden zu nennenden Finanzintermediär einhergehen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich die Bank respektive ihre Mitarbeiter weiterer Beihilfehandlungen schuldig machen können, wenn die Vermögenswerte vor Inkraftsetzung der neuen Geld-

³⁸ Vgl. LIEBER, Art. 112 N 20; FELLMANN, S. 37 f.

³⁹ Art. 141 Abs. 4 StPO.

⁴⁰ Zur Gehilfenschaft siehe MATTEOTTI/BOURQUIN/MANY, S. 679 ff.

⁴¹ Siehe hierzu TOBIAS ROHNER, Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung und Steuerbetrug, in: Jusletter 8. April 2013, Rz. 31, wo darauf hingewiesen wird, dass es für Berater praktisch unmöglich sei, ihre Selbstanzeigen für von ihnen begangene Teilnahmehandlungen mit denjenigen der Steuerpflichtigen zu koordinieren. Die Koordinationsproblematik liesse sich in der Praxis u.U. entschärfen, wenn den Banken und ihren Kunden die Möglichkeit eingeräumt würde, ihre Selbstanzeigen zu unterschiedlichen Zeitpunkten einzureichen. Da die Selbstanzeige einer Bank aufgrund des Bankkundengeheimnisses keine Kundennamen enthalten darf, sollte sie für die Kunden kein Hindernis darstellen, zu einem späteren Zeitpunkt eine eigene strafbefreiende Selbstanzeige einzureichen.

wäschereibestimmungen in nicht bankfähige Vermögenswerte (z.B. Kunstgegenstände, Immobilien, etc.) konvertiert oder auf Konten von Banken in Drittstaaten transferiert werden.⁴² Damit ist die Bank in einem Dilemma gefangen: Ob sie die Kundenbeziehung fortsetzt oder beendet, sie beteiligt sich in jedem Fall an weiteren Steuerdelikten.⁴³ Dieses Dilemma kann im Extremfall nur dadurch gelöst werden, dass die Bank über das Konto, auf welchem die hinterzogenen Vermögenswerte verbucht sind, solange keine Transaktionen vornimmt, bis der Kunde die Steuerkonformität der bei ihr verbuchten Vermögenswerte plausibel darlegen kann. In Bezug auf die Steuerdelikte müsste bei der Bank respektive bei deren Mitarbeitern ab diesem Zeitpunkt nämlich der für die Strafbarkeit als Gehilfe erforderliche Vorsatz wegfallen. Allerdings ist zu prüfen, ob sich die Bank dadurch nicht anderer Straftaten, etwa der (versuchten) Nötigung des Bankkunden zur Selbstanzeige, schuldig macht. Mit Blick auf Art. 14 StGB ist dies grundsätzlich zu verneinen. Die genannte Bestimmung lautet folgendermassen: «Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist.» Durch die Unter-Strafe-Stellung des Steuerbetrugs sowie der Beihilfe dazu gebietet das Gesetz, dass die Bank oder ihre Mitarbeiter keine Handlungen vornehmen, welche eine Steuerverkürzung fördern oder zu einer Steuergeldwäscherei führen. Damit dürfte die Weigerung einer Bank bzw. eines Bankmitarbeiters, über das Konto, auf welchem mutmasslich hinterzogene Vermögenswerte verbucht sind, Transaktionen vorzunehmen, bis der Kunde die Steuerkonformität der bei ihr verbuchten Vermögenswerte plausibel darlegen kann, keine Strafbarkeit auslösen. Analoge Überlegungen greifen in Bezug auf zivilrechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Bankkunden: Aufgrund der Nichtigkeitsregelung von Art. 20 OR ist kaum davon auszugehen, dass eine Vertragsverletzung seitens der Bank bejaht würde.

[Rz 27] Ist nach Inkraftsetzung des revidierten GwG anzunehmen, dass der Steuerpflichtige erneut ein schweres Steuervergehen bzw. ein Fiskalverbrechen begangen hat, muss das Finanzinstitut Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 nGwG erstatten. Nach der Meldung darf die Bank gemäss Art. 9a nGwG die Kundenaufträge, welche die gemeldeten Vermögenswerte betreffen, wieder ausführen. Gleichzeitig steht es der Bank und ihren Mitarbeitern theoretisch offen, in Bezug auf in der Vergangenheit begangene Beihilfehandlungen eine Selbstanzeige gemäss Art. 177 Abs. 3 i.V.m. Art. 175 Abs. 3 und Art. 181a Abs. 1 StGB einzureichen. Ob die Bank und ihre Bankmitarbeiter vom Recht der Selbstanzeige Gebrauch machen können, wenn sich der Kunde selber weigert, eine solche vorzunehmen, dürfte im Einzelfall Gegenstand heftiger Debatten sein. Aufgrund des Bankkundengeheimnisses dürfen Banken und ihre Mitarbeiter im Rahmen der Selbstanzeige nämlich weder direkt noch indirekt Kundennamen offenbaren mit der Folge, dass das Erfordernis der vorbehaltlosen Unterstützung der Verwaltung bei der Festsetzung der Nachsteuer (siehe Art. 177 Abs. 3 i.V.m. Art. 175 Abs. 3 Bst. b sowie Art. 181a Abs. 1 Bst. b DBG) bei einer rein formellen Betrachtungsweise nicht erfüllt werden kann.⁴⁴ Bei einer systemisch-teleologischen Auslegung könnte hingegen mit guten Gründen die Auffassung vertreten werden, dass es für die Erfüllung dieser Erfordernisse genügt,

⁴² Die Situation würde sich jedoch anders darstellen, wenn zwischen dem Drittstaat, in den die Vermögenswerte verschoben werden, und der Schweiz automatisch Informationen ausgetauscht würden. Stimmt der Bankkunde einem Transfer auf einen Staat mit automatischem Informationsaustausch zu, dürfte der Verdacht, dass der Bankkunde schwere Steuervergehen begeht, in den meisten Fällen entkräftet sein. Diese Schlussfolgerung kann jedoch nur gezogen werden, wenn die Schweiz die ihr übermittelten Daten in Steuerbetrugsfällen auch tatsächlich auswertet, wie dies gemäss Art. 18 VE-AIA-Gesetz vorgesehen ist.

⁴³ Zur Gehilfenschaft siehe MATTEOTTI/BOURQUIN/MANY, S. 679 ff.

⁴⁴ Zur indirekten Verletzung des Bankkundengeheimnisses siehe BGE 111 IV 74.

- wenn ein Finanzinstitut seine Melde- und die weiteren damit verbundenen Pflichten gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 ff. GwG ff. nachkommt und
- die Banken bzw. ihre Mitarbeiter ihr schuldhaftes Verhalten gegenüber den Steuerbehörden derart präzise umschreiben, dass die geschuldeten Nachsteuern zuverlässig geschätzt werden können, ohne dabei die Identität der betroffenen Bankkunden direkt oder indirekt (z.B. durch allzu detaillierte Informationen über die Kunden) offen zu legen.

5.3 Altlasten bei ausländischen Steuerpflichtigen

[Rz 28] Besteht ein Verdacht, dass ein bestehender Kunde mit einer Offshore-Struktur nach Inkrafttreten der neu gefassten Geldwäschereibestimmung schwere Steuervergehen im Ausland begangen hat, stellt sich wiederum die Frage, ob in Anbetracht des nemo tenetur-Grundsatzes überhaupt eine Meldung erfolgen muss. Wird eine solche Pflicht bejaht und als Konsequenz daraus eine Meldung gemäss GwG erstattet, kann die MROS aufgrund der am 1. November 2013 in Kraft gesetzten neuen GwG-Amtshilfebestimmungen den wahrgenommenen Sachverhalt inklusive den Namen des Finanzintermediärs, den Kontoinhaber, die Kontonummern und Kontosaldi, die wirtschaftlich berechnete Person sowie Angaben zu den vorgenommenen Transaktionen spontan an die Meldestelle desjenigen Staates melden, in welchem die wirtschaftlich berechnete Person ihren steuerlichen Wohnsitz hat (Art. 30 Abs. 1 und 2 GwG). Zwar darf die ausländische Meldestelle die Informationen grundsätzlich einzig zu Analysezwecken im Rahmen der Bekämpfung der Geldwäscherei und deren Vortaten, der organisierten Kriminalität oder der Terrorismusfinanzierung verwenden (Art. 30 Abs. 1 Bst. a GwG). Bei Einverständnis der MROS kann die ausländische Meldestelle die erhaltenen Informationen jedoch an eine Drittbehörde weiterleiten, wenn die Informationen für die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Geldwäscherei und deren Vortaten, der organisierten Kriminalität oder der Terrorismusfinanzierung oder zur Substantiierung eines Rechtshilfesuches im Rahmen eines solchen Strafverfahrens verwendet werden (Art. 30 Abs. 4 Bst. a GwG). Die ausländische Meldestelle muss jedoch u.a. Gewähr bieten, dass die Informationen nicht zur Verfolgung von Straftaten, die nach schweizerischem Recht keine Vortaten zur Geldwäscherei darstellen, und als Beweismittel genutzt werden (Art. 30 Abs. 4 Bst. b bis d GwG). Mit anderen Worten unterliegen die von der MROS im Rahmen der spontanen Amtshilfe an die ausländische Stelle für Geldwäscherei übermittelten Informationen einem Verwertungsverbot. Sie dürfen zumindest aus der Perspektive des schweizerischen Rechts nicht zur Verfolgung von Steuerdelikten, welche keine Vortaten zur Geldwäscherei darstellen, und hierzu erfolgten Beihilfehandlungen verwendet werden. Entsprechend dürfen die von der MROS übermittelten Informationen auch nicht einem Amtshilfesuch in Steuerangelegenheiten zu Grunde gelegt werden, mit welchen um Informationen zu Steuervergehen ersucht wird, die aufgrund ihrer Schwere oder aufgrund des Übergangsrechts in der Schweiz nicht Vortaten zur Geldwäscherei sein können. Dieses Verwertungsverbot ändert jedoch nichts daran, dass die ausländischen Strafbehörden ihre Untersuchungen über begangene qualifizierte Steuervergehen auf die einzelnen Bankmitarbeiter und die Bank selbst ausdehnen könnten, sofern der nemo tenetur- Grundsatz gemäss ihrem internen Recht anders ausgelegt wird als in der Schweiz.

[Rz 29] Bei ausländischen Kunden ist Abwarten demzufolge ebenfalls keine sinnvolle Option. Auch hier sollte der Finanzintermediär nach Möglichkeit auf eine Regularisierung der Vermögenswerte mittels nationaler oder noch abzuschliessender bilateraler Selbstanzeigeprogramme hinwirken. Sollte dies im konkreten Fall nicht möglich sein, ist die Bank allerdings wiederum

mit denselben Problemen konfrontiert, wie dies bei inländischen Kunden der Fall ist. Ein Transfer der fraglichen Vermögenswerte in den Ansässigkeitsstaat oder in einen Staat, welcher mit dem Wohnsitzstaat des betreffenden Kunden einen automatischen Informationsaustausch pflegt, sollte allerdings möglich sein. Problematisch sind jedoch diejenigen Konstellationen, in denen Vermögenswerte in einen Staat mit Bankkundengeheimnis überführt bzw. in nicht bankfähige Vermögenswerte konvertiert werden. Wie im Zusammenhang mit den inländischen Kunden ausgeführt, sollte die Bank die Ausführung von Kundenaufträgen in Bezug auf die mutmasslich unversteuerten Vermögenswerte aussetzen, bis eine Meldung an die MROS gemäss GwG (oder eine Meldung gemäss automatischem Informationsaustausch) möglich ist. Ob und — falls ja — unter welchen Voraussetzungen auch im Zusammenhang mit früheren Beihilfehandlungen zu ausländischen Steuerdelikten ein Selbstanzeigeprogramm (wie z.B. das US-Bankenprogramm) offen steht, ist nach dem jeweils einschlägigen ausländischen Steuerstrafrecht zu prüfen.

6 Fazit

[Rz 30] Die Ausführungen zeigen, dass die Reform des Geldwäschereitatsbestands und die damit einhergehende Verschärfung der GwG-Sorgfaltspflichten bei einer engen Auslegung des nemo tenetur-Grundsatzes zu einer Erhöhung der Straf- und Entdeckungsrisiken im Zusammenhang mit schweren Steuervergehen führen werden. Entgegen einer ersten flüchtigen Lektüre der Übergangsbestimmung zum Rückwirkungsverbot erhöhen sich insbesondere auch die Risiken im Zusammenhang mit bestehenden Kundenbeziehungen, bei welchen Offshore-Strukturen involviert sind. Für die Reduktion der damit einhergehenden Risiken gibt es vernünftigerweise nur eine Vorgehensweise: Die Altbestände sollten nach Möglichkeit vor Inkraftsetzung des neuen Geldwäschereitatsbestands anhand einer risikobasierten Steuerkonformitätsprüfung analysiert werden. In- und ausländische Kundenbeziehungen, bei denen ein Verdacht auf schwere Steuervergehen besteht, müssen durch Inanspruchnahme von Selbstanzeigeprogrammen oder von allenfalls noch abzuschliessenden bilateralen Abkommen regularisiert werden. Ist dies im konkreten Einzelfall nicht möglich, gerät die Bank in ein Dilemma, da sie bzw. ihre Mitarbeiter sich im Falle eines Geschäftsbeziehungsabbruchs weiterer Beihilfe- resp. Geldwäschereihandlungen schuldig machen könnten. Die einzige Lösung besteht allenfalls in einer Sperrung der Vermögenswerte des Kunden, bis dieser den Vorwurf der fehlenden Steuerkonformität entkräftet hat bzw. eine Meldung nach GwG und/oder künftigem automatischem Informationsaustausch möglich ist. Doch auch bei diesem Ansatz scheinen die rechtlichen Konsequenzen insbesondere in Bezug auf in der Vergangenheit begangene Beihilfehandlungen teilweise ungewiss.

Prof. Dr. iur. RENÉ MATTEOTTI, M.A., LL.M. Tax, Rechtsanwalt ist Ordinarius für Schweizerisches, Europäisches und Internationales Steuerrecht, Universität Zürich, und Tax Counsel bei Baker & McKenzie Zürich.

SELINA MANY, BLaw (UZH), MLaw (UZH), ist Mitarbeiterin bei Baker & McKenzie Zürich.

Das Parlament hat vor kurzem das Bundesgesetz zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen verabschiedet, wonach neu auch schwere Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei qualifizieren können. Die Autoren zeigen vor diesem Hintergrund potentielle Strafrisiken auf, die für Banken und deren Mitarbeiter, welche Kunden mit Offshore-Strukturen betreuen, auch mit Blick auf die bestehenden Altlasten, treffen könnten.

Der Beitrag stellt eine aktualisierte und punktuell erweiterte Fassung der Ausführungen zur Steuergeldwäscherei im Aufsatz RENÉ MATTEOTTI/GABRIEL BOURQUIN/SELINA MANY, Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, Chancen und Gefahren der geplanten Bestimmungen gegen die Geldwäscherei bei Steuerhinterziehungen und des automatischen Informationsaustausches in der Vermögensverwaltung, ASA 82, S. 669 ff. dar. Die Autoren danken Herrn Fürsprecher Michael Kunz, LL.M., für die anregende Diskussion im Vorfeld des Verfassens dieses Beitrags.